liegt, und hieher gehört fr. 29. §. 4. D. De inoff. test. und der zweite Satz der l. un. C. (3. 20.)

oder endlich

3) man will bloß ein Singular-Fideicommiß gerichtlich verfolgen, dann ist (aber auch nur der Regel nach [15])) die Klage bei dem Gerichte desjenigen Bezirkes anzubringen, in dem der größere Theil der Erbschaft sich befindet, und auf diesen Fall bezieht sich das fr. 50. D. De judiciis.

IX.

Beiträge zur Erörterung der Frage: ob die Eideszuschiebung mit andern Beweismitteln eventuell verbunden werden könne.

Von

Dr. J. J. B. Linde, Professor zu Gießen.

Zu den anerkannten Grundsätzen des bürgerlichen Verfahrens darf man die rechnen, daß es von der Willkühr des Producenten abhängt, nicht nur zum Beweise verschiedener Puncte sich verschiedener Beweismittel zu bedienen, sondern

---

15) Bei allen Singularfideicommissen ist diese Vorschrift keineswegs anwendbar, z. B. nicht bei einer species relicta, welche an dem Orte gefodert werden kann, wo sie sich befindet, gesetzt auch, daß sich der größere Theil der Erbschaft anderswo befände; fr. 52. §. 3. D. De inoff. test. (5. 2.) eben so auch in dem Falle nicht, wenn der Testirer selbst das Fideicommiß anderswo entrichtet wissen wollte. fr. 50. in f. pr. fr. 52. §. 1 und 2. D. eod. Ueberhaupt concurrirt hier auch das forum domicilii fr. 50. §. 2. D. eod.

auch zum Beweise ein und desselben Punctes mehrere Beweismittel zu häufen. Allein schon diese Sätze scheinen durch das richterliche Ermessen im concreten Falle eine Beschränkung erleiden zu müssen, denn da die Gesetze bei dem Beweise durch Zeugen aus überzeugenden Gründen deren Zahl beschränkt wissen wollen [1], so müssen diese Grundsätze ohne Zweifel auch bei jeder Cumulation anderer Beweismittel angewendet werden, da die ratio legis auch bei diesern durchgehends eintreten kann. Dagegen ist der Grund einer anderen Beschränkung bei der Cumulation des Eides mit Beweismitteln anderer Art in der Doctrin sehr zweifelhaft geworden. Zwei nicht selten verwechselte Fragen [2]) sind es, die hier aufgeworfen werden, nämlich:

I. ist die Eideszuschiebung nach mißlungenem Beweise zulässig?

II. Kann die Eideszuschiebung nicht mit anderen Beweismitteln eventuell, oder subsidiarisch verbunden werden?

Mit der Bejahung der ersten Frage fällt im Grunde der practische Zweck, welchen die Bejahung der zweiten hat, zusammen, indem es am Ende bei beiden Fragen nur darauf ankommt darüber Gewißheit zu haben, ob der Eid uns noch als letztes Nothmittel dienen könne, wenn wir uns durch eine von Seiten des Richters angestellte Prüfung überzeugt haben, daß unsere übrigen Beweismittel keinen Be-

---

1) Fr. 1. de testibus 22. 5.

2) Daß man sich zum Beweise einer Thatsache nicht der Eidesdelation zugleich mit anderen Beweismitteln in der Art bedienen kann, daß dieselben gleichzeitig benutzt würden, es seye dann, daß man zu gleicher Zeit einen directen und indirecten Beweis führen will, ergibt sich wegen der dadurch zu befürchtenden Collision von selbst. Gensler im Archiv für civilistische Praxis I., in Abhandl. 12. §. 2. Note 2. 8. — Vergleiche auch die Preußische A. G. O. Th. I. tit. X. §. 253. 287.

weis [3]) im wahren Sinne des Wortes liefern. Darin mag der Grund liegen, warum gewöhnlich diejenigen, welche bloß die erste Frage zum Gegenstande ihrer Untersuchung gemacht haben, und diese bejahten in ihren Untersuchungen die zweite immer als unbestritten hinstellten, sich auch aus andern Gründen nicht für die Proceßform, welche der zweite Fall veranlassen würde, entscheiden wollten [4]). Indessen stehen beide Fragen nicht auch umgekehrt in einem sich bedingenden Verhältnisse, es kann die erste verneinend, und dennoch die zweite bejahend ausfallen, weßhalb sie auch hier getrennt betrachtet werden sollen.

I. Selbst die erste Frage haben sich die Schriftsteller alle nicht auf dieselbe Art gedacht, man kann dabei zwei Meinungen unterscheiden: Einige untersuchen nämlich, inwiefern es dem Producenten frei stehe, nach Ablauf des peremtorischen Beweistermins noch zum Eide zu greifen, wenn

3) Linde Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen Civilproceß. Bonn 1823. S. 50.

4) So unter andern Pufendorf. obs. jur. univ. Tom I. obs. 154. „Praeterea etsi non repugnet, juramentum statim ab initio cummulative in eventum deferri, tamen periculosa res est, caeteris probationibus nondum peractis, judicem sibi adversarium constituere, cum fieri possit, ut ex parte probatio quaedam existat, adeoque jusjurandum suppletarium vel et purgatorium locum habeat.“ — Doch sind auch hierüber die Ansichten wieder verschieden, indem einige sogar Zuschiebung des Eides nach gänzlich mißlungenem andern Beweise, aber durchaus nicht eventuelle Häufung zulassen; Danz Grundsätze des ordentl. Proc. Ausg. 5. §. 371. verbunden mit §. 238. — Andere dagegen beides gestatten, z. B. Glück Commentar Thl. XII. S. 216 ff. der deshalb wohl den Fall der eventuellen Cumulation sehr kurz behandelt, und das Hauptargument daher nimmt, daß dasjenige, was nach mißlungenem Beweise erlaubt seye, doch auch während desselben eventuell vorgebracht werden dürfe.

er sich während jenes Termins vergebens bemühte, andere Beweismittel ausfindig zu machen [5]), während andere untersuchten, inwiefern dieses Recht dem Producenten zustehe, der zwar Beweis geführt, aber zu keinem Resultate gelangte [6]). Für die Bejahung dieser Fragen berief man sich zum Theil auf Gesetze [7]), deren schwache Stütze man aber bald einsah, und daher Gründe der Billigkeit und Zweckmäßigkeit hervorsuchte. Diese sich immer wiederhohlenden, bestehen darinn: es seye unzweckmäßig, denjenigen, der den Erfolg anderer Beweismittel noch nicht kenne, zur eventuellen Zuschiebung des Eides zu nöthigen, von dem ja ohnedem nicht eher Gebrauch gemacht werden könne, bis die Unzulänglichkeit der übrigen Beweismittel hergestellt seye [8]), was einer Partei gleich anfangs erlaubt seye, wenn sie wisse keine andere Beweismittel zu haben, müsse ihr auch nachher erlaubt seyn, zumal da ihr Restitution nicht abgeschlagen werden könne, und diese nur Verzögerung und Kosten herbeiführe [9]). Zur Widerlegung solcher Gründe bedarf man schwerlich mehr als Pufendorfs eigener Worte:

„Movet, quod jurisjurandi delatio species pro-

---

5) Pufendorf. l. c. — Struben R. B. Th. I. B. 164.

6) Gönner juristische Abhandlungen Thl. 2. S. 69. — Schirach Beiträge zur Anwendung des Rechts. Hamburg 1822. S. 137. — Bülow und Hagemann pract. Erörterungen B. I. Erört. 57. — Klaproth Einleit. in den ordentl. Proc. §. 322. und Note a. ibid.

7) Fr. 35. de jurejurando 12. 2. — Const. 32. de fideicommissis. 6. 42. — Fr. 25. §. 3. de probationibns et praesumptionibus. 22. 3. — Const. 12. pr. de reb. creditis. 4. 1. — Nov. 73. cap. 4. — Hofacker princ. juris civ. tom. III. §. 4518. — Glück Commentar Thl. 12. §. 795. S. 216. Note 99.

8) Pufendorf. l. c.

9) Voet Comment. ad Dig. XII. 2. §. 2. — Struben und Schirach a. a. O.

bationis est, probatio autem intra terminum probatorium a judice praestitutum offerenda fuit quo elapso amplius non recipitur.“

Noch mehr aber muß man sich gegen die Voraussetzung erklären, daß in einem solchen Falle Restitution nicht schwer fallen dürfe [10]; aber selbst dann, wenn jene Voraussetzung richtig wäre, würde daraus kein Argument genommen werden können, weil man mit dessen consequenter Anwendung alle wohlthätigen Folgen peremtorischer Termine umschiffen dürfte. Wenn aber unten die Zulässigkeit eventueller Cumulation nachgewiesen werden kann, so ist auch hier leicht dargethan, daß nur eine successive Cumulation Kostenaufwand veranlaßt, indem die eventuelle Häufung die Kosten so unbedeutend vermehren wird, daß es kaum der Mühe lohnt, diese in Anschlag zu bringen, während die successive, ein neues Verfahren veranlassend, allerdings mit größerem Aufwande verbunden ist. Gönner, der, wie schon von andern bemerkt ist [11], nicht den Fall einer eventuellen, sondern einer vorbehaltenen Cumulation (wenn man sie so nennen will) untersucht hat, stellt in dieser Richtung allerdings richtige Grundsätze auf, aber bewiesen hat er sie auch in dieser Beziehung nicht, da seine Behauptung, daß wenn der Beweisführer gar nichts bewiesen habe, gegen ihn erkannt werden müsse, nichts weiter als eine petitio principii ist, da dieses ja gerade die Frage war, um die es sich handelte.

Bezweifelt kann es übrigens kaum werden, daß auch Fälle vorkommen können, wo gegen den Ablauf der peremtorischen Beweisfrist zum Zwecke der Eidesdelation restituirt werden darf; allein diese werden in dem für unsere Lehre

10) Gensler im Archiv für civilistische Praxis IV. S. 132. ff.

11) Hurlebusch Beiträge zur Civil- und Criminal-Gesetzgebung und Jurisprudenz. Helmstädt 1817. Heft II. Abh. XII.

aufzustellenden Princip keine Veränderung erzeugen, da sie überall nach den allgemeinen Grundsätzen der Restitution zu beurtheilen sind; solche Abweichungen können aber immer nur unter der Voraussetzung begründet werden, daß Producent, wie Struben bemerkt hat, vergebens sich bemühte, die gehofften Zeugen oder Urkunden aufzubringen. Kann unter solchen Verhältnissen Producent darthun, daß er gegründete Aussicht auf anderweitige Beweismittel hatte, so sind hier die Rücksichten ganz anders, als wenn Producent wirklich jene Beweismittel aber ohne Erfolg benutzt hat. In jenem Falle bleibt es immer mehr zweifelhaft, ob nicht der Beweis, ohne die zufällige unvorhergesehene Entbehrung der nicht herbeigeschafften Beweismittel, hätte geliefert werden können, und da dürften allerdings sich Fälle ereignen, wo man dem formellen Rechte ein zu großes Opfer brächte, wenn nicht gegen die Präclusion restituirt würde. Aber hier ist es nicht der zugeschobene Eid, sondern die besondere Umgebung eines Falles, der eine Abweichung rechtfertigt, wobei daher eben so gut als der Eid, auch andere Beweismittel zur Anwendung kommen könnten.

II. Die zweite Frage: ob eine eventuelle, oder subsidiäre Cumulation des Eides mit anderen Beweismitteln zulässig sey, wird von den meisten älteren Processualisten verneint [12]. Man beruft sich gewöhnlich dabei auf das canonische Recht [13] bis Gönner [14] die Unhaltbarkeit dieses Arguments nachzuweisen suchte, dem andere in dieser Widerlegung beipflichteten [15]. Aber selbst diese Widerlegung muß fehlerhaft genannt werden, indem diejenigen, welche jenes Gesetz für sich

12) Danz Grundsätze des ordentlichen Processes. Ausg. 5. §. 238. Note c.

13) Cap. 2. x. de probat. 2. 19.

14) Gönner a. a. O.

15) Hurlebusch a. a. O.

anführen, durchaus nicht in jener Richtung eine Vertheidigung daraus herleiten. Sie finden vielmehr hierin die Behauptung bestätigt, daß der Eid ein subsidiarisches Beweismittel seye [16]), ziehen daraus den Schluß, daß also mit dem Vorhandenseyn anderer Beweismittel der Richter den Eid unbedingt als unzulässig verwerfen müsse, ohne es auch nur dem Producenten frei zu stellen, zwischen dem Eide und den übrigen Beweismitteln zu wählen. Diese Schlußart ist allerdings falsch, denn gerade aus der subsidiarischen Natur des Eides läßt sich ein triftiger Grund für die Zulässigkeit der eventuellen Cumulation desselben mit anderen Beweismitteln herleiten, indem durch diese Qualification des Eides doch nichts anders behauptet werden kann, als daß erst dann zum Eide recurrirt werden dürfe, wenn durch andere Beweismittel die Wahrheit nicht hergestellt werden kann. Hiervon kann aber Producent nicht eher überzeugt seyn, als bis ihn eine richterliche Prüfung von der Beweiskraft belehrte, erst dann ist die Gewißheit des Mangels anderer Beweismittel vorhanden. Durch die seitherige Benutzung der subsidiarischen Beschaffenheit des Eides, machte man diesen nicht zu einem Nothmittel, zur Beweisführung, sondern schloß ihn geradezu als solches aus, wenn man nur versuchte, die Kraft anderer Beweismittel zu prüfen. Jene Stelle enthält offenbar eine wichtige Bestimmung für unsere Frage. Wahr ist es, daß darin ausgesagt wird: wer durch Zeugen oder Urkunden bewiesen hat, dem kann kein Eid mehr aufgebürdet werden; allein dieses ist nicht der ganze Inhalt jenes Gesetzes. Es wird darin vielmehr 1) hauptsächlich von dem Falle gehandelt, wann ein Ergänzungseid aufge-

---

16) Leyser. med. ad pand. sp. 137. m. 6 — Danz a. a. O. wird aber dadurch inconsequent, daß er hier auf die subsidiarische Natur des Eides, baut, sich daher auf Leyser beruft, dagegen in seinen Grundsätzen des ordentl. Processes §. 211. gegen Leyser an demselben Orte diese Eigenschaft des Eides bestreitet.

legt werden müsse, dieses deutet schon die Summa des cap. 2. x. de probat. an:

»Actor, qui *plene* probavit, non debet compelli jurare«

so wie die Worte des Gesetzes selbst:

»quod (juramentum) si subire noluerit, fides probationibus non habetur«

Dennoch sollte durch den Eid die Beweiskraft der Beweismittel ergänzt werden, und diese Gewohnheit wird für unzulässig erklärt. 2) Als Grund dieser Mißbilligung beruft sich der Pabst auf den anerkannten Satz, daß ja überhaupt nur beim Mangel anderer Beweismittel der Gebrauch des Eides gestattet sey, ein Lehrsatz, der dann auch hier um so sicherer Anwendung fand, da vollständiger Beweis geliefert war [17]).

Uebrigens ist die aufgestellte Frage von denjenigen, welche sie verneinen, nicht mit Gründen unterstützt werden, weshalb von Grolman [18]) mit Recht bemerkt, für die successive Cumulation spreche immer, daß sie kein Gesetz verbiete. Dieses dürfte auch wohl einer der trifftigsten Gründe für die Zulässigkeit einer solchen Beweisführung seyn. Anders kann man einer allenfalls hin und wieder entgegenstehenden Praxis nicht erwiedern. Frägt man aber nach der Zweckmäßigkeit einer solchen Beweisführung, so wird auch diese sich darthun

---

17) Uebrigens ist im cap. 2. x. de prob. allerdings die Ansicht begründet, daß jeder Eid nur ein subsidiarisches Beweismittel seye, denn die Worte „cum tunc demum ad hujusmodi sit suffragium recurrendum, cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur“ enthalten offenbar nur die Anführung eines allgemeinen Grundsatzes, der für den concreten Fall auf die nothwendigen Eide angewendet wurde. Auch diese Ansicht wird von den Schriftstellern nach Gelegenheit verschieden benutzt, wo Widersprüche unvermeidlich sind. S. z. B. Glück Comment. XII. S. 217 und S. 283.

18) Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Ausg. 4. §. 192. S. 313. Note 2.

lassen. Würden wir aber hierbei auf ein entgegengesetztes Resultat geführt, wie dieses noch neulich von Gensler [19]) behauptet ist, der gleichwohl gemeinrechtlich jene eventuelle Cumulation als zulässig vertheidigte, so mögte sich ihre Rechtfertigung auch für das gemeine Recht schwerlich liefern lassen; denn alsdann nöthigte uns die rein wissenschaftliche Entwicklung über unseren Gegenstand, in dem Stillschweigen der Gesetze, eine Billigung solcher Grundsätze zu finden, die Consequenz mit dem Genius unserer Prozeßentwicklung hatte, und wir versündigten uns an dem heiligen Berufe durch wissenschaftliche Darstellung den Zweifeln der Praxis nachzuhelfen, wenn wir diese verleiteten ein durch die Doctrin falsch geschaffenes Mißgebilde aufzunehmen, wo das Gesetz es weise dem Leben überlassen hätte, eine dem gerichtlichen Verfahren zusprechende Theorie zu begründen.

Betrachten wir, wozu uns eine analoge Anwendung, die wir aus der positiven Gesetzgebung schöpfen, führt, und vergleichen dieses Resultat mit dem, was eine Entwicklung aus höheren Grundsätzen fordert, so werden wir keinen Widerstand gewahren; und dieses kann uns als nicht unbedeutender Beleg für die aufgestellte Ansicht bei diesem Gegenstande dienen.

Billigen die Gesetze überhaupt, dem in seinem Rechte Gekränkten, auf jede Art den Richter von der ihm widerfahrenden Verletzung zu überzeugen, damit er endlich hoheitlich im Schutze seines Rechts erhalten werden kann; beschränkt man keinen in Benutzung passend scheinender Beweismittel, weil man überzeugt ist, wie viel Mühe es kostet, das materielle Reche im formellen als siegend wieder zu finden, so dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß es dem Geiste der Gesetze entspräche den Eid als Beweismittel gleichzeitig sogar mit andern Beweismitteln zu benutzen, denn was die Gesetze einmal als ein Mittel juristische Wahrheit zu erzeugen anerkannten, kann keiner Parthei entzogen werden. Dennoch läßt sich

---

19) Archiv für die civilistische Praxis B. I. Note 22.

jene gleichzeitige Benutzung nicht rechtfertigen, und der Grund liegt in einer höheren Forderung, die der Rechtsbildung nothwendig bleibt, Widersprüche und Collisionen möglichst zu verhüten. Daher die Beschränkung des Eides als Beweismittel nach dieser einen Richtung. Jede scheinbare Härte, die Ausfluß eines höheren Princips ist, darf und muß aber in der Anwendung wieder ausgeglichen werden, und dieses geschieht, wenn wir dem Eide, statt einer gleichzeitigen, wenigstens eine eventuelle Benutzung einräumen. Die Abweichung, welche die besondere Natur eines Beweismittels dann auf einer Seite erforderte, wird auf der anderen wieder ausgeglichen. Was bei der verlangten, eventuellen oder subsidiarischen Benutzung aller übrigen Beweismittel gesetzwidriger Vorbehalt wäre, also auf einem ordnungswidrigen Ansinnen eines Producenten beruhte, wird beim Eide eine durch die höheren Rücksichten des Rechts nothwendig geforderte Abweichung von dem Gewöhnlichen; diese Abweichung kann aber nicht auf Kosten des materiellen Rechts realisirt werden, und sie würde es, wenn dem Producent wegen einer durch gleichzeitig gemachte Benutzungsart des Eides mit anderen Beweismitteln möglicher Weise erfolgenden Collision wegen, ein Schutzmittel entrissen werden sollte. Die Idee der Benutzung des Eides neben anderen Beweismitteln ist ja überhaupt dem positiven Rechte und zwar in subsidiarischer Anwendung gar nicht fremd [20]. Die nothwendigen Eide, der Ergänzungs- und Reinigungseid, lassen sich am vorzüglichsten aus diesem Gesichtspuncte legislativ vertheidigen. Daß sich der Richter derselben ohne Mitwirkung der Partheien gleichsam als eines Nothrechts zur Herstellung der Wahrheit bedient, steht dieser Ansicht nicht entgegen, da die Auflegung derselben durchaus nicht von seiner Willkühr abhängt, sondern er dabei eben so sehr an vernünf-

---

20) Fr. 31. de jurejurando 12. 2. — Const. 3. de reb. cred. 4. 1. — Cap. 36. §. 1. x. de jurejurando. 2. 24. Thibaut System §. 1165.

tige Rücksichten, wenn gleich nicht an ein arithmethisches, juristisch-undenkbares Verhältniß, gebunden ist, als ihm bei dem Schiedseide der Unterschied des bloßen Glaubens und des eigenen Wissens der Partheien wichtig wird. Die Rechtsbildung kann bei Schaffung jener Notheide durch keine andere Rücksicht geleitet worden seyn, als dadurch, daß es zwar nothwendig seye, die streitenden Theile nicht mit versprochener Rechtshülfe zu täuschen, und nicht eine Schwäche des Richteramts zu verrathen, als wenn dasselbe nicht in jedem Falle eine volle juristische Ueberzeugung erlangen könnte, selbst wenn günstige Umgebungen jeder der streitenden Partheien zur Seite stehen, und die Wage der Gerechtigkeit in ein unaufhörliches Schwancken zu bringen scheinen. Aber noch eine Eigenthümlichkeit verbindet sie mit diesen Eiden, welche auch für unseren Fall eine im Leben leicht erkennbare, und also recht practische Bedeutung erhält. Man gesteht nämlich allgemein den nothwendigen Eiden eine subsidiarische Natur zu [21]), d. h. sie sollen erst dann zur Anwendung kommen, wenn volle juristische Ueberzeugung durch andere Beweismittel für eine Wahrheit nicht herbeigeführt werden kann. Der Grund hierfür liegt sehr nahe. Der Eid ist ein sehr bedenkliches Mittel, die Wahrheit zu erforschen, und möglichste Ersparung desselben gebieten schon politische Rücksichten, deshalb ist auch hier nach richtiger Meinung, noch Gewissensvertretung zuläßig [22]). Würde nun die Gesetzgebung, wenn sie sich in specielle Bestimmungen über unsere Frage eingelassen hätte, wohl die durch sich selbst begründeten Sätze, als wahr verlängert haben, wo es sich um eine consequente Anwendung handelt? In der Wage der Gerechtigkeit giebt nur das Resultat der Beweisführung den Ausschlag; daß aber die Verschiedenheit der Beweismittel selbst, bei der Frage, ob es gelungen seye, das materielle Recht im formellen auszusprechen, einen bestimmten Ausschlag giebt,

---

21) Glück Thl. 12. S. 391.
22) Glück a. a. O. S. 391.

kann nicht geläugnet werden, und auch diese Frage am Ende des Verfahrens mit ja beantworten zu dürfen, ist keine unbedeutende Rücksicht, weil sie allein die Sicherheit der Rechtsverwaltung garantirt. Würde nun nicht die Gesetzgebung in einen inneren Widerspruch sich verwickeln, wenn sie das ernstliche Bemühen einer Parthei, zuerst den Versuch zu wagen, den höchsten Grad von Gewißheit für ihre Behauptung dem Richteramte zu geben, mit der Gefahr bedrohen wollte, auch das letzte Nothmittel zum Beweise ihrer Behauptung zu verlieren? Aus der Stellung des Producenten im Processe läßt es sich gleichfalls sehr wohl erklären, wenn er es vorzieht, mit Eidesdelationen nicht gleich bei der Hand zu seyn. Wenn sein Gegner in den meisten Fällen Kühnheit genug besaß, die Wahrheit thatsächlicher Verhältnisse, aus denen das Recht fließt abzuleugnen, und den Producenten mit dem Beweise zu beschweren, so liegt darin für Producenten doch die bestimmteste Erklärung, daß Product kein Mittel zu niedrig achtete, sich in seinen widerrechtlichen Anmaßungen zu behaupten; wie leicht dringt sich hier nicht dem Producenten der Glaube auf, daß Product auch mit dem Eide nicht weniger Mißbrauch treiben möge, als mit der Wahrheit. Es ist der Beweis durch den Eid in den meisten Fällen nichts anders als ein Hingeben auf Discretion des Gegners, und diesen letzten Ausweg nicht so schnell zu wählen, räth allein die feindliche Stellung beider Partheien. Sonach scheint es den Forderungen der höheren Grundsätze des Verfahrens so wie der eigenthümlichen Lage des Producenten sehr gemäß zu seyn, jene eventuelle Cumulation sogar zu begünstigen.

Man könnte hier noch die Einwendung machen, daß dadurch das Beweisverfahren erweitert, die Processe verlängert, und dem Producenten gleichsam ein doppelter Beweis gestattet würde. Der erste Einwand zerfällt aber schon dadurch, daß ein umständlicher oder höchst einfacher und kurzer Beweis immer etwas zufälliges ist, und das Streben der Gesetze in einem besonderen Falle zum Zwecke der Abkürzung das Be-

weisverfahren zu beschränken, nur ein Eingriff in die Partheienrechte, und eine schnelle Beförderung des formellen Rechts auf Kosten des materiellen wäre, so daß offenbar eine sichere Rechtspflege, der schnellen als Opfer gebracht würde. Eben so zerfallen die anderen Theile jener Einwendung, wenn man erwägt: daß durch die eventuelle Häufung des Eides keine größere und kostspieligere Weitläufigkeit herbeigeführt wird, als in den Fällen, wo bei unvollkommenem Beweise auf ein Suppletorium oder Purgatorium erkannt wird. Denn so wie auf jene Nothеide bei unvollkommenem Beweise im Definitiv-Erkenntnisse erkannt wird [23]), so kann auch in unserem Falle, wenn der Richter findet, daß weder auf einen Reinigungs- noch auf einen Erfüllungseid gesprochen werden kann, ebenfalls zugleich untersuchen, ob Producent entweder ganz gegen sich oder gar nichts bewiesen habe, und darauf im Definitiv-Erkenntniß gleichfalls in dem ersten Falle entscheiden, daß die Eides-Delation nicht Statt finde, im zweiten Falle aber die Erklärung auf den Eid auferlegen [24]). Ein solches Definitiv-Erkenntniß ist aber immer möglich, weil die eventuelle Häufung des Eides nothwendig voraussetzt, daß Producent denselben vor Ablauf des peremtorischen Beweistermins gleich mit den übrigen Beweismitteln vorbringe. Dieser Umstand ist aber nicht, wie Hurlebusch meint, blos nützlich sondern nothwendig [25]). Was nun endlich den letzten möglichen Ein-

23) Marin Lehrbuch §. 179.

24) Hurlebusch a. a. O. S. 100.

25) Hurlebusch widerspricht sich in der angeführten Abhandlung außerdem darin, daß er richtig gegen von Gönner bemerkt, daß man nur dann sagen könne, jemand habe den Eid mit anderen Beweismitteln verbunden, wenn er den Beweis zugleich durch Eidesdelation antritt, also den Eid eventuell wirklich zuschiebt," aber gleich darauf anführt, es scheine nützlich zu seyn, zu verordnen, daß, wer von der Eidesdelation subsidiarisch Gebrauch machen wolle, neben den übrigen Beweismitteln den Eid sogleich eventuell zuschiebe. Nach der eigenen Ansicht dieses Gelehrten, setzt ja die subsidia-

Einwand anbetrifft, daß hier gleichsam eine doppelte Beweisführung vorkomme, so findet dieser schon im früheren hinlängliche Beleuchtung, hat aber zudem auch die Analogie eines anderen Verhältnisses gegen sich. Niemand wird nämlich jenen Zweifel gegen die Zulässigkeit der Noth????eide erregen, und doch ist deren Benutzung im Processe von unserem Falle wenig abweichend; da in beiden Fällen die Form des Eides und der Gegenstand, worüber geschworen werden soll, sich ganz gleich seyn kann, so daß sogar die Verschiedenheit, welche dadurch entstehen kann, daß ein Ergänzungseid oder ein Reinigungseid aufgelegt wird, sich in der verschiedenen Richtung, ob der eventuell deferirte Eid acceptirt oder referirt wird, sich wieder findet. Selbst dabei, ob Gewissensvertretung zulässig sey, wird unser Fall von den bei Nothheiden eintretenden Regeln, keine Abweichung enthalten, indem diese dem Producten als Delaten, unbedenklich freisteht: aber auch dem Producenten als Relaten kann das Recht darauf nicht abgesprochen werden, wofern er sich auch jetzt noch nur solcher Beweismittel bedienen will, die nicht als übergangen betrachtet werden können. Ueberhaupt erscheinen aber derartige Einwendungen, so viel ihrer auch gemacht werden mögen, immer bei genauer Betrachtung um so gehaltloser, wenn sie nicht bloß gegen diese Rechtsfrage allein, sondern mit eben so starken Gründen gegen viele andere Institutionen gerichtet werden können, an deren Gültigkeit man jedoch nicht zweifelt. So würde, um noch ein Beispiel zu erwähnen, sich gegen die Gewissensvertretung ungleich mehr einwenden lassen, als gegen eventuelle Häufung des Eides, und doch erhält sie die bessere Praxis nach möglichst vieler Richtung zum Siege des materiellen Rechts, sehr weise aufrecht.

Die Beantwortung unserer Frage, welche, wie wir zu zeigen versucht haben, zum Vortheile der eventuellen Häufung

---

rische Eidesdelation eventuelle Zuschiebung voraus. Auch dieser Widerspruch ist wohl durch die Verwechselung der beiden im Anfange dieser Abhandlung getrennten Fragen entstanden.

mit anderen Beweismitteln nach dem ächten Geiste des gemeinrechtlichen Verfahrens beantwortet werden muß, scheint ihre controverse Natur, wie so manches andere im gemeinen deutschen Processe, durch Hereinziehen des sächsischen Proceßrechts erhalten zu haben, nach welchem jene Benutzungsart nicht erlaubt ist [26].

Von denjenigen neueren Gesetzbüchern, welche durch ihre Bestimmungen den höheren Forderungen ganz besonders entsprechen, ist vorzüglich das Preußische zu erwähnen. Völlig getreu der doppelten Rücksicht, welche beim Eide als Beweismittel sich heraushebt, daß dadurch nämlich die Processe zwar abgekürzt [27], dabei aber ein höchst gefährliches Mittel zur Entdeckung der Wahrheit ist [28], verordnet das Preußische Recht, als Regel, daß der Kläger seinen Entschluß, den Beweis durch den Eid zu führen, gleich bei Aufnehmung der Klage, der Beklagte aber gleich bei deren Beantwortung anzeigen solle [29]. Dabei soll aber der Richter die Parthei auf die Bedenklichkeiten und rechtlichen Folgen aufmerksam machen, und an die anderweitig vorhandenen Beweismittel erinnern [30]. Die eigentlich hierher gehörige Bestimmung enthält wörtlich Folgendes:

„Ist aber die streitige Thatsache durch die aufgenommene Beweismittel weder auf diese noch auf jene Seite vollständig aufgeklärt worden, sondern dergestalt im Dunkeln geblieben, daß sie weder für zuverlässig wahr, noch für zuverlässig falsch angesehen werden kann; so steht demjenigen, welcher in einer solchen Thatsache sich gegründet hat, frei, sich darüber noch der Eidesdelation zu bedienen. Doch muß dieses spätestens in dem Termin zum Schlusse der Sache geschehen, und kann auf eine später angebrachte Eidesdelation für diese Instanz keine Rück-

---

26) Alte Sächs. P. O. von 1622. tit. XVIII. §. 3. — Kori Theorie des sächs. bürgerl. Processes. Jena 1822. §. 43. sub 4.

27) Preussische A. G. O. Thl. I. tit. X. §. 253.

28) Ebendaselbst §. 254. 251. und tit. XXII. §. 2.

29) Ebendaselbst §. 286.

30) Ebendas. §. 254.

sicht weiter genommen werden« [31]). Noch ist auf die Ansicht des Preußischen Rechts aufmerksam zu machen, daß dasselbe den Schiedseid und die nothwendigen Eide aus demselben Gesichtspuncte betrachtet, daher im Preußischen Rechte der Grundsatz: sich des Eides nach dem versuchten Gebrauche anderer Beweismittel nur dann zu bedienen, wenn durch jene anderweitigen Beweismittel gar nichts bewiesen worden, nach Preussischem Rechte nicht geradezu behauptet werden kann.

IX.

Aus welchen Peculien und unter welchen besondern Voraussetzungen kann der filius familias Schenkungen auf den Todesfall machen?

Von

Herrn Dr. Fritz, Privatdocenten in Gießen [1]).

Daß der filius familias sein peculium *militare* ohne Einwilligung des Vaters mortis causa verschenken kann, ist unbestritten, und läßt sich nicht bezweifeln; indem er über dieses Vermögen bekanntlich sowohl auf den Todesfall [2]) als unter Lebenden [3]) gerade eben so disponiren kann, als ob er pater familias wäre.

In Rücksicht auf die peculia *pagana* gesteht man ihm

---

31) Ebendas. §. 283. vergleich noch §. 287 und §. 289 a. ff.

1) Ich glaube hier hinzufügen zu können, daß von demselben Verfasser, einem jungen Gelehrten, der viel verspricht, vor Kurzem eine mit vieler Gründlichkeit geschriebene Dissertation „Versuch einer historisch dogmatischen Entwickelung der Lehre von „dem Testamente der Eltern unter ihren Kindern. Gießen 1822. 84. S. in 8." erschienen ist. Löhr.

2) pr. in f. I. quibus non est permissum fac. testam. (2, 12.)

3) c. 2. C. de rastrensi peculio (12, 37.)